

OS PRINCÍPIOS DO DIREITO E A FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS

Rosa de Fátima Barbosa de Oliveira

Advogada

Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário.

1. INTRODUÇÃO

O artigo investiga a flexibilização trabalhista de uma forma principiológica, geral e sócio-jurídica, considerando os marcos de sua atuação na ordem legal brasileira. Procura-se, desse modo, facilitar um conhecimento que seja não somente abrangente da matéria, mas também questionador e crítico, e que permita balizar posicionamentos singulares e conclusões aguçadas sobre o tema.

A flexibilização das normas trabalhistas vem ocupando importante destaque no cenário das discussões sobre o mundo do trabalho na sociedade brasileira. Pretende-se, com a flexibilização, atualizar a legislação trabalhista no sentido de torná-la compatível com as recentes exigências do desenvolvimento nacional, favorecendo a democratização das relações de trabalho. Para alcançar tais objetivos, as alterações no marco normativo constitucional e infraconstitucional assumem como premissa conferir maior efetividade às leis do trabalho e adequá-las às novas características do mundo laboral, além de estimular a autocomposição de conflitos trabalhistas e sua resolução por meio da conciliação, mediação e arbitragem voluntárias.

Do tipo bibliográfico, o estudo é a um mesmo tempo descritivo e exploratório. Descritivo porque apresenta formalmente as opiniões e conceitos a respeito da flexibilização trabalhista, e exploratório porque se buscou alcançar modelos interpretativos úteis para o tema em questão.

2. PRINCÍPIOS ESPECIAIS DO DIREITO DO TRABALHO

2.1 Princípio da Proteção e a Flexibilização Trabalhista

Um dos princípios mais adotados na doutrina trabalhista é o “Princípio da Proteção”. Por ser o empregado a parte mais frágil na relação contratual, existe no Direito Laboral uma preocupação central em protegê-lo, objetivando a igualdade substancial (*in dubio pro operario*, aplicação da lei mais favorável ou da condição mais benéfica) (Rodrigues, 1978). Por isso, para alguns estudiosos tal princípio é o corolário do Direito do Trabalho.

O “Princípio da Proteção”, assim, tem o objetivo de proteger o hipossuficiente, o empregado, em virtude de ser a parte mais frágil da relação jurídica, visando a atenuar, nesse plano, o desequilíbrio de forças que existe no plano fático do contrato de trabalho. Este princípio também é chamado de “Princípio Cardeal”, pois influencia todo o sistema jurídico do Direito do Trabalho. Daí que são proibidas distinções relativas à “espécie de emprego e à condição de trabalhador”, bem como entre o “trabalho intelectual, técnico e manual” (parágrafo único, do art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, c/c inciso XXXII do art. 7º da Constituição Federal - CF).

Quanto à flexibilização, a Constituição Federal de 1988, no *caput* do art. 7º enuncia: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social...”. Em tal dispositivo vê-se que há a possibilidade de o legislador ordinário prever outros direitos aos trabalhadores, abrindo portas à flexibilização, sem prejuízos ao trabalhador.

Importante é não confundir flexibilização com desregulamentação. Na desregulamentação do Direito do Trabalho, como o próprio nome sugere, ocorre a total

ausência da proteção social do Estado, admitindo que a regulamentação das relações de trabalho seja realizada de forma ampla pela autonomia privada.

2.2 Princípio da Primazia da Realidade sobre a Formalidade (Contrato Realidade)

Por esse princípio, a realidade fática prevalece sobre qualquer instrumento formal utilizado para documentar o contrato, pois as circunstâncias e o cotidiano na relação empregatícia podem vir a ser diversos do que ficou documentado, podendo por isso gerar mais obrigações e direitos entre as partes. A essência do ato jurídico é o fato, e não a forma.

O princípio em análise reza o seguinte. No caso de discrepância entre o que ocorre na prática e o que emerge de documentos ou acordos, deve-se dar preferência ao primeiro, ou ao que sucede no terreno dos fatos. A regra está, conforme esse princípio, estreitamente relacionada à realidade que envolve o contrato de trabalho em sua execução². No momento de sua formalização, naturalmente, o contrato de trabalho é consensual. Porém, no tocante à execução, poderá ir assumindo formas outras, de tal sorte que se distancie do pacto inicial.

2.3 Princípio da Indisponibilidade dos Direitos Trabalhistas

Não podem ser objeto de negociação os direitos personalíssimos - direitos diretamente relacionados à pessoa: vida, saúde, integridade física, mental e moral,

² Note-se que a palavra “realidade”, nesse contexto, significa aquilo que existe efetivamente, como registra o dicionarista Aurélio Buarque de Holanda, e não como vocábulo derivado de *res*.

higiene e segurança, direito da personalidade, direito moral, aortal, entre outros -, ou aqueles patrimoniais absolutamente indisponíveis, como os benefícios previdenciários ou fundiários. Segundo o art. 9º da CLT, “(...) serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente consolidação”.

Ressalte-se que o limite à liberdade do direito de dispor está diretamente ligado ao nível de proteção ao empregado, tendo-se em vista que poderia este, em face da imposição do poder dominante, sujeitar-se a condições inferiores, renunciando a direitos, o que certamente traria desequilíbrio às relações de emprego.

Percebe-se, desse modo, que o princípio da indisponibilidade de direitos é um meio de equiparar, no plano jurídico, os sujeitos da relação trabalhista. Contudo, tal princípio não tem base constitucional, mas em lei ordinária.

2.4 Princípio da Continuidade Contratual

O princípio da “Continuidade Contratual” gera presunção de que o contrato foi celebrado por tempo indeterminado, tomando por exceção o contrato a termo. Através desse princípio, o empregado conquista uma estabilidade na relação contratual e, por conseguinte, garante uma melhor segurança para si, parte mais frágil na relação jurídica. A flexibilização possibilita que o contrato de trabalho seja disciplinado de forma diversa do previsto em lei. A princípio, pode parecer que feriria o princípio tutelar do Direito do Trabalho, deixando de assegurar direitos já conquistados pelos trabalhadores. É tema polêmico que merece grandes debates.

2.5 Princípio da Liberdade Sindical

A Constituição Federal de 1988, particularmente no seu art. 8º, dispõe que a associação profissional ou sindical no Brasil é livre, sob certas condições inseridas nos incisos do artigo citado. O disposto no inciso IV, especialmente, estabelece que a assembléia geral do sindicato fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei.

A organização sindical brasileira sofre ainda as influências do modelo corporativo desenhado na década de 30 do século passado. A Constituição Federal de 1988, apesar de inserir o princípio da liberdade sindical em seu texto, manteve a unicidade, o sistema confederativo e a aglutinação dos trabalhadores em categorias profissionais.

3. PRINCÍPIOS DO DIREITO CIVIL APLICÁVEIS NA ESFERA TRABALHISTA

3.1 Autonomia da Vontade

O art. 444 da CLT dispõe que “as relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhe sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes”. O princípio merece tratamento destacado no âmbito do direito do trabalho, em que se reconhece um mínimo de proteção indisponível e irrenunciável. A propósito, cita-se abaixo o posicionamento dos Pretórios Trabalhistas, interpretando a vontade do legislador constituinte:

A regra, no Direito do Trabalho, é a aplicação da norma mais favorável ao trabalhador, não se admitindo flexibilização genérica, in pejus, orientação esta que tem suporte no próprio comando constitucional, art. 7º, caput, que assim dispõe: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social (...). Neste sentido, já decidiu o TRT 2º Região: “Conflito entre a lei e convenção coletiva”. A convenção ou acordo coletivo não pode pactuar de forma menos favorável que a lei. Pacto nesse sentido é de nenhum valor (art. 444, CLT) (TRT 2ª Região - 5ª Turma - Ano: 2002 - Processo: RO 02990167042, Relator: Francisco Antônio de Oliveira).

3.2 Cláusula *rebus sic stantibus* e a *Pacta sunt servanda*

Rebus sic stantibus é expressão que tem origem no Direito Canônico, sendo empregada para designar a teoria da imprevisão, segundo a qual a ocorrência de fato imprevisto e imprevisível posterior à celebração do contrato diferido ou de cumprimento sucessivo deve implicar alteração nas condições da sua execução. A cláusula *rebus sic stantibus* se encontra também no direito coletivo.

Por seu turno, *Pacta sunt servanda* é o instituto segundo o qual o contrato obriga as partes nos limites da lei. É aplicado de forma ampla no direito coletivo do trabalho, enquanto no âmbito do direito individual é aplicado com reservas, em virtude das garantias trabalhistas (Martins, 2003).

3.3 *Exceptio non adimpleti contractus*

A *exceptio non adimpleti contractus*, exceção do contrato não cumprido, é prevista no Código Civil nos artigos 476 e 477. O artigo 476 preceitua que, nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da obrigação do outro. Como exemplo, considere-se um contrato de prestação de serviços segundo o qual, simultaneamente, o contratante deve pagar o preço e o contratado executar o serviço. Ora, se o contratante não pagar, o contratado poderá se recusar a realizar o serviço. O artigo 477 trata da exceção nos contratos já concluídos. Rodrigues (2001), ao abordar o tema, diz que, como toda exceção, trata-se de um meio de defesa processual. Enquanto a ação representa um “meio de ataque”, a exceção é sempre um “instrumento de defesa” invocado pelo réu, a fim de paralisar aquela investida. Ressalva ainda o autor citado que, além de recíprocas, é mister que as prestações sejam simultâneas. Caso contrário, sendo diferente o momento da exigibilidade, não podem as partes invocar tal defesa. A aplicação desse vetor interpretativo dá-se em razão do caráter sinalagmático do contrato de trabalho. No entanto, a aplicação do princípio deve ser avaliada considerando o caso concreto e a boa-fé objetiva.

4. FLEXIBILIZAÇÃO TRABALHISTA

4.1 Na Constituição Federal

A tradição constitucional brasileira, no campo dos direitos trabalhistas, remonta a 1934, quando a Carta Política previu o primeiro núcleo de direitos sociais (artigos 120 a 122). Passou-se depois pela Constituição do Estado Novo (1967), que restringiu esse núcleo (art. 137); pela Carta Democrática de 1946, que o ampliou sensivelmente (art.

157); pela Constituição de 1967, emendada em 1969, com nova restrição de direitos laborais (art. 165); até atingir, finalmente, a Constituição de 1988, que alargou os direitos trabalhistas (art. 7º).

No Brasil, considerando a Constituição de 1988, pode haver redução de direitos trabalhistas em três casos: redução do salário (art. 7º, VI); redução da jornada de 8 (oito horas) diárias (art. 7º, XIII); e redução da jornada de 6 (seis) horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento (art. 7º, XIV). Constitucionalmente, apenas esses três direitos podem ser flexibilizados, cabendo às partes determinar as normas que passarão a reger suas relações, de acordo com seus interesses, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho (entendida aqui como misto de contrato e lei). Assim, admite-se a redução salarial ou a diminuição da jornada de trabalho, muitas vezes em troca de garantias que, por força das circunstâncias referidas, são mais vantajosas para determinada categoria de trabalhadores. São inúmeras as decisões do egrégio Tribunal Superior do Trabalho nesse sentido. No que tange à possibilidade de diminuição da jornada de trabalho, verifica-se, de início, que, consoante trata o art. 7º, XIII da Constituição Federal, a duração do trabalho no Brasil não pode ser superior a 8 (oito) horas diárias e 44 (quarenta e quatro) semanais, mas é permitida a redução por acordo ou convenção coletiva de trabalho. A redução da jornada sem diminuição dos encargos é, em princípio, benéfica para o trabalhador. Entretanto, pode ser inconveniente para o empregador se isso acarretar diminuição do nível de competitividade de sua empresa. Daí a necessidade de acordo entre as partes. A redução ou flexibilização da jornada pode ser encontrada sob variadas formas. Cite-se, entre outros, o exemplo do horário flexível, do banco de horas (sistema de compensação de horas-extras) e o sistema

norte-americano do *lay-off*, ocasião em que o empregado descansa em períodos de queda na produção, podendo o empregador pagar parte do salário e menos encargos sociais durante o período.

Também pode haver redução do intervalo de trabalho, sempre amparada em convenção coletiva. O Tribunal Superior do Trabalho (TST) entende que se o interesse das partes na redução do intervalo da jornada de trabalho está explicitado em convenção coletiva, torna-se inexigível a autorização mediante inspeção prévia da autoridade do trabalho.

Quanto à redução salarial, embora, em princípio, pareça ser prejudicial para o trabalhador, deve-se observar que a mesma negociação que porventura preveja a redução salarial pode admitir, em compensação, a incorporação ou o aumento de outros direitos que, no final, podem trazer mais vantagens ao hipossuficiente.

O TST tem considerado que os princípios da flexibilização e da autonomia privada, consagrados pela Constituição da República, conferem aos Sindicatos maior liberdade para negociar com as entidades patronais, valorizando, assim, a atuação dos segmentos econômicos e profissionais na elaboração das normas que regerão as respectivas relações, cuja dinâmica torna impossível ao Poder Legislativo editar leis que atendam à multiplicidade das situações delas decorrentes. Espera-se, assim, uma maior liberdade de negociação, consequência da necessidade de flexibilização, impondo o fortalecimento dos sindicatos, ainda que em longo prazo.

4.2 Na Consolidação das Leis do Trabalho

O *caput* do artigo 468 da CLT, que arbitra acerca da alteração no contrato de trabalho, é bastante claro quando

relata: “Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e, ainda assim, desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia”.

Sendo o contrato de trabalho de trato sucessivo, deverá acompanhar a evolução da sociedade para sua vigência e permanência efetivas, adequando-se às modificações sociais e sujeitando-se ao interesse de ambas as partes: a do empregador, que tem o interesse de que sua empresa continue ativa; e a do empregado, que tem o interesse de prosseguir com seu emprego garantido.

Para que a flexibilização das normas trabalhistas exista efetivamente, é importante também que haja previsão legal dentro do artigo 468, autorizando as negociações coletivas a alterar normas para que haja uma adequação do que foi pactuado com a realidade do mercado e para que a relação contratual prossiga saudável para as duas partes, principalmente porque a prática do mercado requer rápidas atualizações e celeridade nas tomadas de decisões. Portanto, é preciso dar maior autonomia às partes e fortalecer as instituições dos sindicatos para que possam agir benéficamente em nome dos interesses de seus representados.

Em outubro de 2001 foi encaminhado à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº. 5483/2001 que altera o disposto no artigo 618 da Consolidação das Leis do Trabalho, cuja redação atual é como se segue: “As empresas e instituições que não estiverem incluídas no enquadramento sindical a que se refere o art. 577 desta Consolidação poderão celebrar Acordos Coletivos de Trabalho com os Sindicatos representativos dos respectivos empregados, nos termos deste Título”. Com a modificação, o mesmo artigo passaria a ter a seguinte redação: “As condições de trabalho

ajustadas mediante convenção ou acordo coletivo prevalecem sobre o disposto em lei, desde que não contrariem a Constituição Federal e as normas de segurança e saúde do trabalho” (Projeto de Lei nº. 5483/2001). No entanto, o projeto foi aprovado na Câmara com algumas mudanças na redação original:

Art. 618. Na ausência de convenção ou acordo coletivo firmados por manifestação expressa da vontade das partes e observadas as demais disposições do Título VI desta Consolidação, a lei regulará as condições de trabalho.

§1º A convenção ou acordo coletivo, respeitados os direitos trabalhistas previstos na Constituição Federal, não podem contrariar lei complementar, as Leis nº 6.321, de 14 de abril de 1976, e nº 7.418, de 16 de dezembro de 1995, a legislação tributária, a previdenciária e relativa ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS, bem como as normas de segurança no trabalho.

§2º Os sindicatos poderão solicitar o apoio e o acompanhamento da central sindical, da confederação ou federação a que estiverem filiados quando da negociação de convenção ou acordo coletivo previstos no presente artigo. (Projeto de Lei nº. 5483/2001)

Está claro que o Projeto referido acima representa uma revolução no direito do trabalho brasileiro, visto que inverte a hierarquia das normas, ou seja, o acordo

coletivo passa a ser superior à lei, ressalvadas as garantias constitucionais. Várias discussões foram suscitadas daí, desde a tumultuada sessão na Câmara dos Deputados que aprovou a redação, mas principalmente entre os doutrinadores do Direito do Trabalho.

Sendo a convenção ou acordo coletivo superior à lei, várias das garantias estabelecidas poderão ser objeto de modificações, dependendo do “poder de barganha” do sindicato ou da classe em questão no caso concreto. Na verdade, poucos sindicatos profissionais no Brasil possuem um poder real de discussão junto aos respectivos sindicatos patronais. Por isso, dificilmente conseguiriam manter suas garantias frente às propostas dos patrões, e, principalmente, à constante ameaça do desemprego.

Certo é que a flexibilização da CLT foi aprovada na Câmara no final de 2001, mas arquivada no Senado em 29 de maio de 2003, e, conseqüentemente, sem alterar qualquer direito trabalhista, tendo apenas suscitado a possibilidade de negociação entre empregado e empregador.

5. CLASSIFICAÇÃO DA FLEXIBILIZAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO

Pode-se classificar a flexibilização trabalhista por diferentes modos. Um dos critérios pode ser a legalidade ou ilegalidade da medida. Flexibilização legal seria aquela em que há a autorização da própria lei tal, como é o caso do artigo 7º, incisos VI e XIII da Constituição Federal. A flexibilização ilegal ocorreria quando tal instrumento do direito do trabalho fosse utilizado para ludibriar os direitos trabalhistas.

Outra classificação faz referência à finalidade da flexibilização. Nesse sentido, Martins (2003) ensina que a finalidade da flexibilização pode ser: (a) de proteção, visando

preservar a ordem pública social, de forma a adaptar a lei à realidade dos fatos, mediante acordos derogatórios; (b) de adaptação, em que são feitos acordos derogatórios; ou (c) de desproteção, quando há total supressão de direitos dos trabalhadores, que foram adquiridos no curso do tempo (op. cit. p.63).

Contudo, não se deve entender que derogar direitos e desregulamentar normas trabalhistas sejam espécies de flexibilização e, como foi dito, flexibilização não é o mesmo que desregulamentação.

5.1 Formas de flexibilização

A divergência sobre o instituto da flexibilização começa pelo seu próprio conceito. Martins (2003) prefere dizer que a flexibilização das condições do trabalho é o conjunto de regras que tem por objetivo instituir mecanismos tendentes a compatibilizar as mudanças de ordem econômica, tecnológica, política ou social.

O conceito mais geral é o de capacidade de adaptação às mudanças, conforme o qual o sistema é capaz de reagir aos choques de forma rápida e eficaz, transformando as normas e as práticas (institucionais, culturais, sociais, econômicas) que regulam o mercado e as relações de trabalho.

Há diversas formas de flexibilização, quais sejam: da remuneração; da jornada de trabalho; da contratação; do tempo de duração do contrato, da dispensa do trabalhador e outros. A seguir, serão descritas, em síntese, algumas dessas formas de flexibilização das condições do trabalho.

Flexibilização Salarial. É a adaptação dos salários às flutuações cíclicas, aos choques exógenos e à variação dos salários em função do desempenho das empresas. O ajuste do custo de trabalho é vinculado ao salário e aos encargos

sociais, resultado alcançado com flexibilização dos salários, e argumentado com o aumento do nível de emprego e a redução do desemprego. Portanto, para evitar o desemprego em massa, o empregador, no período de retração econômica, reduz o salário do empregado no intuito de diminuir os custos com encargos sociais. Ressalte-se que tal redução salarial só poderá ocorrer mediante convenção ou acordo coletivo, de acordo com o artigo 7º, inciso VI da Constituição Federal.

Flexibilização da Jornada de Trabalho. Neste caso, almejam-se com a flexibilização mudanças na jornada de trabalho e na gestão do tempo de trabalho, quais sejam, fixação das jornadas normais e máximas de trabalho por semana ou mês, gestão das horas extras, ritmo do trabalho e descontinuidades, licenças, férias. O intuito da mudança no tempo de trabalho é contratar novos trabalhadores com menor jornada de trabalho e, por conseguinte, diminuir o desemprego. Observa-se que a flexibilização de horários é gênero, constituindo espécies a anualização, a recuperação e os horários individualizados. Note-se, a esse propósito, o que ensina Martins (2003):

A anualização compreende a divisão das horas de trabalho durante o ano, envolve a duração anual, a duração média e a duração máxima.

Na duração anual, há mais trabalho durante alguns meses do ano e pouco em outros.

Na duração semanal média, é fixado um limite mínimo e máximo de horas a serem trabalhadas dentro da semana, dentro de parâmetro anual. O trabalho acima de certo limite implica o pagamento de horas extras.

[...]

A recuperação é o trabalho a mais em certos dias para compensar a paralisação da empresa por algum motivo quando não foi possível trabalhar.

[...]

Os horários individualizados permitem ao empregado fazer seu horário dentro de um período obrigatório que é estabelecido. No dia que entrar mais tarde, sai mais tarde. Quando entrar mais cedo, deixa a empresa mais cedo. (Martins, 2003: p.70-71)

Flexibilização do Contrato de Trabalho. A flexibilização do contrato de trabalho dar-se-á através de diversas formas, dentre as quais se destacam: contrato de trabalho por tempo determinado, trabalho temporário, teletrabalho, trabalho intermitente.

- a) O contrato por tempo determinado é aquele que prevê o término da prestação de serviços pelo trabalhador nos casos expressamente previstos na legislação consolidada (CLT, artigos 443, 445 e 451). A mais importante justificativa para a contratação por tempo determinado é a inaplicabilidade de indenização de 40% sobre os depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), bem como do aviso prévio. Destarte, torna-se menos oneroso para o empresário o término da relação contratual. A própria CLT autoriza o contrato de trabalho por tempo determinado. Contudo, o legislador tratou de elencar as possibilidades de ocorrer tal contratação, tendo em vista que a regra é a continuidade do contrato de trabalho e a exceção o contrato por tempo determinado. Ocorre que a Lei nº 9.601/98, em seu

artigo 1º estabelece, em síntese, a possibilidade da instituição de contratos temporários especiais (distintos daqueles previstos nos parágrafos do art. 443 e seguintes da CLT), por meio de convenções e acordos coletivos de trabalho, sem as garantias ou exigências fixadas nos artigos 443, § 2º, 451, 479 e 480 da CLT. Garantida a possibilidade de ocorrer a contratação por tempo determinado sem a justificativa do artigo 433, § 2º, poderá ser estipulada a prorrogação do contrato de trabalho por mais de uma vez. Há uma parte da doutrina que considera a Lei nº 9.601/98 inconstitucional por ferir o artigo 7º, inciso I da Constituição Federal. Todavia, embora o *caput* do artigo 1º não contenha inconstitucionalidade direta, entendemos que as convenções e acordos nele baseados podem inserir norma involuntariamente inconstitucional se não fixarem qualquer cláusula distintiva dos contratos temporários, ou seja, se permitirem que os contratos temporários tenham como única distinção com os demais contratos em certas empresas ou categorias o fator tempo de duração, sem justificativas para tais limitações que conduzem à retirada de direitos gerais. Assim, é importante salientar a diferença que há entre o contrato de trabalho por prazo determinado previsto no artigo 443 da CLT e o contrato de trabalho por tempo determinado na lei nº 9.601/98. A primeira forma exige certos acontecimentos que são previstos no próprio dispositivo. A segunda pode ser realizada por qualquer atividade da empresa, além de não exigir as condições do referido artigo 443, parágrafo 2º. Porém, neste caso, exige-se a obrigatoriedade da participação do sindicato na convenção ou no acordo coletivo.

- b) O trabalho temporário, por sua vez, é uma forma de contratação que se apresenta como alternativa econômica para as empresas que venham a necessitar de mão-de-obra para complementar o trabalho de seus funcionários e em situações excepcionais de serviço, a fim de atender uma necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente (trabalhador efetivo), como por exemplo, nas férias, licença-maternidade, licença-saúde e para atender acréscimo extraordinário de serviço, como “picos de venda” ou de “produção”, tarefas especiais não regulares, lançamentos de produtos, campanhas promocionais, entre outros. A Lei nº 6.019/74, que regulamentou o trabalho temporário, permitiu que as empresas contratasse novos empregados por até 90 dias, podendo ser prorrogada, uma única vez por igual período para atender a uma necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente. Os principais benefícios para a empresa empregadora é que, no final do contrato, não precisará pagar a multa de indenização de 40% do FGTS, bem como o aviso prévio. Os benefícios desta modalidade de contrato de trabalho são grandes se forem utilizados coerentemente, tendo em vista que acelera a adaptação às alterações do mercado, possibilitando uma mobilização e desmobilização da força de trabalho necessária a situações excepcionais de serviços. Entretanto, os empresários parecem estar abusando da prática do trabalho temporário, haja vista que, na prática, está ocorrendo a subcontratação de atividade-fim, o que caracteriza uma total desvirtuação dessa modalidade de trabalho.

Nesse sentido, o TST, no seu Enunciado 331, proibiu a subcontratação da atividade-fim, permitindo apenas a da atividade-meio, que é de apoio à empresa.

- c) Teletrabalho é o trabalho da era digital. Constitui uma modalidade de trabalho com características próprias. Ainda não subsiste legislação específica em nenhuma parte do mundo, como deveria haver, o que dificulta a adoção por parte da sociedade do método de trabalho em questão, tendo em vista que não há segurança jurídica acerca desse tipo de relação trabalhista. A relação jurídica existente no contrato de teletrabalho pode ser tanto de emprego como simplesmente de trabalho, dependendo do tipo e natureza do serviço a ser desempenhado e da vontade das partes ao pactuarem as regras para a prestação do serviço. Todavia, o Teletrabalho pode ser realizado com vínculo empregatício como, por exemplo, no caso de um promotor de vendas.
- d) Mediante a modalidade de trabalho designada trabalho intermitente o empregado só presta serviço nos períodos em que há necessidade de trabalho. Há uma descontinuidade na relação laboral, tendo em vista que o empregado não labora todos os dias. Assim, dependendo do caso, pode inexistir vínculo empregatício. Importante é não confundir trabalho intermitente com trabalho temporário, já que neste último caso, o trabalhador presta serviços por no máximo três meses, e naquele, o empregado não tem certeza sobre quando vai trabalhar e nem de quanto tempo estará empregado. Note-se que a modalidade de trabalho em epígrafe é muito corriqueira em hotéis e no comércio.

6. A ORGANIZAÇÃO SINDICAL FRENTE AO FENÔMENO DA FLEXIBILIZAÇÃO

Diante do fenômeno da flexibilização, espera-se que o sindicato seja capaz de defender sua categoria com eficácia. A Constituição Federal, em seu art. 8º, dispõe ser livre a associação profissional ou sindical. Interpretando o *caput* do artigo, *a priori*, presume-se a mais absoluta liberdade sindical, mitigada logo após pela leitura dos incisos subseqüentes, especialmente o II. O atual sistema sindical, assim, tem as seguintes bases: a) uma só entidade representativa de categoria profissional ou econômica na mesma base territorial, o que se entende por unicidade sindical (um só sindicato, uma só federação, uma só confederação); b) base territorial limitada a, pelo menos, um município, impossibilitando, assim, o sindicato de empresa, mas não vedando sindicatos intermunicipais, estaduais, interestaduais e nacionais; c) direito do trabalhador ou empregador definir a base territorial, possibilitando, portanto, o desmembramento da entidade sindical que detenha a base em mais de um município.

Percebe-se, ao tratar desse modo o assunto, o grande paradoxo que a Constituição da República de 1988 instituiu no nosso ordenamento jurídico, constatado por Nascimento (2004), que assim o descreve: “[...] se de um lado ao Estado está proibida a intervenção na organização sindical; de outro, são impostos grandes obstáculos ao seu livre desenvolvimento, através das restrições constitucionais” (p.152). Por exemplo, o princípio da unicidade sindical, pelo qual deve haver apenas um único sindicato por área de atuação, pode não favorecer o desempenho de um trabalho eficaz, tendo em vista eliminar a liberdade individual de escolha. Faz-se necessário uma efetiva liberdade sindical, por meio da qual, na esfera coletiva, as entidades sindicais

gozassem de liberdade de associação, de organização e de administração no exercício de suas funções. Na esfera individual, o trabalhador teria a possibilidade de se filiar ao sindicato de sua livre escolha, ou mesmo de não se filiar a nenhum sindicato, caso em que seria eliminada a contribuição compulsória imposta constitucionalmente.

6.1 Negociação coletiva

A negociação coletiva, em regra, realiza-se através dos sindicatos que aprovam em assembléia dos seus representados qual a pretensão querem aceita pelos empregadores. Depois, iniciam conversações com o patronato para tentar obter aquilo que os trabalhadores definiram como objetivo de tais negociações.

O novo marco normativo das negociações coletivas deve considerar a realidade dos setores econômicos, das empresas, das unidades produtivas, por um lado, e as necessidades dos trabalhadores, por outro, ressaltados os direitos definidos em lei como inegociáveis. Os princípios da negociação coletiva são: a) obrigatoriedade da negociação; b) publicidade do processo de negociação coletiva, em virtude da qual, com base no princípio de acesso à informação, as partes definirão o elenco de dados necessários ao processo de negociação; c) a lei não poderá cercear o processo de negociação coletiva; d) os instrumentos normativos decorrentes das negociações coletivas, desenvolvidos na forma da lei, terão plena eficácia e reconhecimento jurídico; e e) estabelecimento de critérios relativos às prevalências dos níveis e abrangência dos instrumentos.

As negociações coletivas voluntárias devem ser incentivadas sem qualquer restrição, especialmente em relação às chamadas datas-base, que poderão ser estabelecidas pelas partes de comum acordo.

Quando a negociação coletiva é realizada com a participação do sindicato, é possível, em determinadas situações, que prevaleça o negociado sobre o legislado, tendo em vista que, através da negociação coletiva, é possível a solução do conflito entre capital e trabalho de forma mais coerente e legítima. Desse modo, a negociação coletiva eficaz poderá diminuir ou até mesmo solucionar o problema da rigidez normativa e dos altos encargos sociais. Por conseguinte, os empregadores teriam como efetivar a formalização de seus trabalhadores e pagar melhores salários.

Ressalte-se que nossa Constituição reconheceu em seu artigo 7º, inciso XXVI, as convenções e os acordos coletivos de trabalho. Portanto, a flexibilização trabalhista deverá continuar a ocorrer. Todavia, é necessária uma reestruturação política, jurídica, social e humana, de modo que, por essa via, a negociação coletiva possa servir como um benefício geral para a realidade nacional.

7. FLEXIBILIZAÇÃO NO CONTEXTO POLÍTICO ATUAL

Apesar de temida pelos setores trabalhistas da sociedade, a flexibilização das relações de trabalho já vem ocorrendo há algum tempo, sob a forma de leis como a que permite o trabalho temporário e a formação de cooperativas. Esta é uma tendência antiga, e que deverá ser intensificada se a reforma trabalhista proposta pelo governo atual levar em conta a transformação das relações de trabalho no país. É pouco provável que a discussão sobre a flexibilização seja retomada pelo Congresso com a brevidade esperada, em face do ano eleitoral que se aproxima e da crise política.

Em sua campanha eleitoral, o atual Presidente da República assumiu o compromisso de promover a reforma para modernizar as relações de trabalho no Brasil.

Empossado, ele assegurou que nada seria feito de maneira impositiva. Em fevereiro de 2004, o Presidente se pronunciou sobre o tema e defendeu a flexibilização da legislação trabalhista, incluindo a substituição da multa de 40% sobre o saldo do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) e o fim do adicional de um terço a que os trabalhadores têm direito durante as férias.

A classe empresarial sentencia que o sistema brasileiro de relações trabalhistas está superado, sendo por isto necessário rediscutir o atual marco normativo constitucional e infraconstitucional. O projeto de reforma entregue ao Congresso Nacional por Ricardo Berzoini propõe pontos polêmicos, tais como: a) o fim da unicidade sindical; b) a extinção escalonada do imposto sindical no prazo de 4 (quatro) anos; c) a atribuição às Centrais Sindicais de negociarem pelos trabalhadores e/ou indicarem o sindicato representativo para a negociação; e d) a eliminação da representação por categoria ou profissão.

Conforme afirmado no inciso X do art. 2º do Projeto,

[...] os litígios entre as entidades sindicais pela legitimidade para negociação serão submetidos à central sindical a que elas sejam filiadas ou à comissão mista composta pelas diversas centrais sindicais quando elas forem filiadas a centrais distintas; ou por mediação e arbitragem, quando não houver acordo na comissão mista ou quando as entidades não forem filiadas a qualquer central. (Projeto da Reforma Trabalhista)

O Projeto limita, dessa forma, os benefícios da negociação sindical aos filiados do sindicato, ao instituir que

este representa apenas seus filiados.

Em sendo mantida a diretriz política dos países menos desenvolvidos consistente em fazer prevalecer o fato econômico, com prejuízo das ações públicas de integração social, torna o problema da justiça social ainda mais difícil, pois na mesma proporção em que cresce o número de trabalhadores reduzidos a condições análogas a da escravidão, o desenvolvimento econômico e social desses países diminui, tornando os atores sociais quase impotentes, porque cada vez mais dependentes do capitalismo global (claro que há quem se aproveite da situação com o objetivo de ampliar os lucros em mercados mais promissores). Espera-se por medidas eficazes que distribuam a renda nacional e causem crescimento econômico, a fim de que ocorra realmente redução das taxas de desemprego. Caso contrário, em sendo o mercado de trabalho exigente, o poder econômico da população brasileira fica longe do conhecimento e da reciclagem profissional.

Diante do quadro apresentado e seguindo o mesmo raciocínio, assevera-se que nunca existirá crescimento social sem medidas eficazes e consistentes que combatam verdadeiramente a pobreza, o analfabetismo e que disponibilizem instrumentos disseminadores de saúde preventiva e curativa. No entanto, constata-se vezes de continuísmo na política assistencialista, agravado por escândalos de malversação do erário público. A corrupção parece um mal crônico instalado nas bases do poder e que sempre emperram a justiça social.

8. CONCLUSÃO

O estudo destacou, no último ponto, os efeitos da profunda crise econômica do país, reforçando a idéia de que o nível de emprego depende do comportamento da

economia globalizada. O problema atual do desemprego pode ser entendido como resultado do esgotamento do processo de desenvolvimento econômico.

A globalização, via de regra, vem acompanhada de uma acirrada concorrência, escassez da oferta de trabalho, diminuição da necessidade de trabalho humano na linha de produção pelo uso de tecnologias avançadas, informalidade e subemprego. Diante dessa realidade, a flexibilização trabalhista nasce como um instrumento de política social, caracterizado pela adaptação constante das normas jurídicas à realidade econômica, social e institucional, sendo de importância fundamental a participação conjunta de trabalhadores e empresários para uma eficaz regulação do mercado de trabalho, tendo como objetivos comuns o desenvolvimento econômico e o bem-estar social. Como consequência desse processo de adaptação surgem diversas formas de flexibilização.

A flexibilização não significa desregulamentação, pois esta é caracterizada pela total ausência do Estado. Ressalte-se, a esse propósito, que o Estado deve participar ativamente do processo de flexibilização, garantindo direitos aos trabalhadores, de modo que tal postura minimize as desigualdades entre empregados e empregadores. Assim é que a flexibilização deve ter como objetivo instituir mecanismos tendentes a compatibilizar as mudanças de ordem econômica, tecnológica, política ou social com implicações na relação entre o capital e o trabalho, sempre levando em conta e valorizando os direitos fundamentais da pessoa humana.

A mitigação de um direito em prol da garantia e da continuidade da relação laboral é aceitável. Tal argumento, a princípio, parece ser paradoxal, mas a partir do momento que um direito do trabalhador é minimizado visando a um bem maior (que pode ser a própria garantia

de emprego), percebe-se a importância da flexibilização como um instrumento de diminuição do desemprego e de favorecimento do crescimento econômico. Trata-se de aplicação concreta do princípio da proporcionalidade e razoabilidade, sendo a ponderação de interesses o marco entre a relativização e a segurança jurídica.

Diante do fenômeno da flexibilização, o sindicato deveria ser capaz de defender sua categoria firmemente. Porém, o que se vê hoje são sindicatos fracos e sem representatividade efetiva. O Brasil adota o princípio da unicidade sindical, devendo existir apenas um sindicato na mesma área de atuação, o que emperra o desempenho de uma dinâmica atuação sindical, uma vez que elimina a liberdade individual de escolha. Alcançar uma efetiva liberdade sindical no país torna-se, por isso, imprescindível. Na esfera coletiva, as entidades sindicais passariam a gozar de liberdade de associação, de organização e de administração no exercício de suas funções. Na esfera individual, o trabalhador teria a possibilidade de filiar-se ao sindicato de sua livre escolha ou até de não se filiar a nenhum sindicato e, por conseguinte, seria eliminada a contribuição compulsória imposta pela nossa Carta Magna. Assume-se, por essas razões, a necessidade e urgência da formação de sindicatos livres de quaisquer influências governamentais e patronais.

A implementação da flexibilização é um caminho sem volta e deve ser discutida em processo gradativo e sem prejuízo ao trabalhador, a quem se devem garantir direitos inegociáveis que são o alicerce de uma sociedade justa. Compreende-se que desse modo reforça-se a igualdade preconizada por Aristóteles, para quem os iguais devem ser tratados igualmente.

REFERÊNCIAS

- Boletim Juris Síntese**, edição 2000, em CD ROM.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- Constituição Federal, Consolidação das leis do trabalho, legislação trabalhista e previdenciária /** Organização Nelson Mannrich; obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais, com coordenação de Gisele de Melo, 5ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004
- MARTINS, Sergio Pinto. **Flexibilização das condições de trabalho**. 3ed. São Paulo: Attas, 2003.
- MORAIS, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada**. 5ed. São Paulo: Atlas. 2005.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 3ed. São Paulo: LTr. 2004.
- NETTO, André L. Borges. **Razoabilidade constitucional (o princípio do devido processo legal substantivo aplicado a casos concretos)**. Revista Jurídica Virtual do Palácio do Planalto, n.12, Maio / 2000. Disponível no site: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/revista/Rev_12/razoab_const.htm. Acesso em: 12 jun. 2005.
- PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- Revista Forense. *Due process of law* - Disponível no site: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/revista/Rev_12/razoab_const.htm. Acesso em: 23 jun.2005
- RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**. 29ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v.3.
- RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1978.
- HOLANDA, Aurélio Buarque de. **Dicionário Aurélio escolar da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Instituições do direito do trabalho**. 17ed. São Paulo: LTr, 1997. Vol.2.

Superior Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.tsf.gov.br>. Acesso em: 03. maio. 2006.

Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.tsj.gov.br>. Acesso em: 03. maio. 2006.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.

Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <http://www.tst.gov.br>. Acesso em: 02. maio 2006.

REFERÊNCIAS COMPLEMENTARES

ABREU, Rogério Roberto G. de. **Modernização das relações de trabalho** - Falácias do discurso neoliberal. Disponível em: <http://www.trt13.gov.br/revista/6rogerio.htm>. Acesso em: 27. abril. 2006

ADIn 1.408-DF, 15.02.96; ADIn 1.358-DF, Relator Min. Sydney Sanches, 07.12.95; ADIn 1.158/AM, Rel. Min. Celso de Mello, 19.12.94, Suspensão de segurança n. 1.320/DF, Relator Min. Celso de Mello, 14.04.1999; ADIn 1.407/DF, ADIn 1.479/RS, HC nº. 77.003/PE

ARAGÃO, Paulo Maria. **A Era do desemprego**. Revista Pensar- Fortaleza, v.5, nº 5, p.173-204, fev.2000.

BARROSO, Luís Roberto, **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 4ed., São Paulo: Saraiva 2001, p. 214.

Flexibilização no direito do trabalho / Organizado pelo Tribunal Superior do Trabalho. 2ed., São Paulo: IOB Thomson, 2004.

FRANCO, Georgenor de Souza. Globalização – Desemprego: **Mudanças nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 1998.

JÚNIOR ZAHLOUTH, Carlos. **Direitos sociais**. Disponível em: <http://www.jus.com.br/doutrina/dirsoci>. Acesso em: 03.abril. 2006.

PASTORE, José. **A agonia do emprego**. São Paulo: Ltr, 1997.

PASTORE, José. **A patologia da informalidade**. Disponível em: <http://www.josepastore.com.br/artigos/relacoestrabalhistas/230.htm>. Acesso em: 03. maio. 2006.

RAMOS, Augusto César. **Direitos humanos e cidadania**. Disponível em: <http://www.neofito.com.br/front.htm>. Acesso em: 12. maio.2006.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 13ed. São Paulo: Saraiva, 1975.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.